Fiscaliteiten

Mr. Drs. M.H.M. van Oers

1 Wijziging VUT-regelingen

Bij de winstbepaling zal een accountant rekening willen houden met de lasten verband houdende met een VUT-regeling. Leidraad was daarbij de resolutie van de Staatssecretaris van Financiën van 9 april 1986 (herzien op 21 mei 1987). Sindsdien heeft zich in de praktijk en jurisprudentie op het punt van VUT-regelingen een en ander voltrokken. De staatssecretaris heeft daarom aanleiding gezien een nieuw besluit uit te vaardigen. Bij besluit van 28 december 1998¹ beschrijft hij het nieuwe beleid dat de Belastingdienst zal gaan voeren voor de winstfeer ten aanzien van VUT-regelingen.

De staatssecretaris maakt een onderscheid tussen VUT-regelingen ondergebracht bij VUT-fondsen (het gaat dan om rechtspersonen waaraan door de gezamenlijke werkgevers en werknemers uit de desbetreffende bedrijfstak de uitvoering van de VUT-regeling is opgedragen), VUT-regelingen ondergebracht bij ondernemings-VUT-fondsen en ten slotte VUT-regelingen in eigen beheer.

Bij VUT-regelingen ondergebracht bij VUT-fondsen bestaat er geen aanleiding om enigerlei verplichtingen ter zake van ingegane VUT-uitkeringen tot uitkering te brengen. Financiering vindt immers plaats via het omslagstelsel: de ondernemer betaalt een jaarlijkse premie. Bij VUT-regelingen ondergebracht bij ondernemings-VUT-fondsen mag een kostenegalisatiere-

serve ter zake van nog niet ingegane VUT-uitkeringen worden gevormd, waarbij rekening dient te worden gehouden met de vrije reserves van het fonds.

De meeste aandacht in de resolutie gaat echter uit naar de VUT-regelingen in eigen beheer.

1.1 Onderscheid ingegane en nog niet ingegane VUT-uitkeringen

Het is zaak onderscheid te maken tussen ingegane en nog niet ingegane VUT-uitkeringen.

Voor reeds ingegane VUT-uitkeringen kan de contante waarde van de aan reeds VUT-gerechtigde ex-werknemers nog te verrichten uitkeringen als een verplichting op de fiscale balans worden opgenomen. In onderdeel 8 van het besluit geeft de staatssecretaris de factoren voor ingegane VUT-uitkeringen. Zo wordt voor een 62-jarige, indien het gaat om VUT-uitkeringen tot de 65-jarige leeftijd, per f 1.000,- VUT-uitkering bij een rente van 4% de contante waarde gesteld op een bedrag van f 2.777,-.

Voor nog niet ingegane VUT-uitkeringen kan per werknemer een kostenegalisatiereserve in de zin van artikel 13, Wet IB worden gevormd. De hoogte van de VUT-egalisatiereserve wordt bepaald door vier factoren: blijfkans, deelnamekans, contantewaardefactor en VUT-last.

Op het moment dat een werknemer gebruik gaat maken van de VUT-regeling, wordt de VUT-egalisatiereserve aan de winst toegevoegd, maar kan de contante waarde van de ontstane VUT-verplichtingen worden gepassiveerd. Besluit een werknemer nog niet van de VUT-regeling gebruik te maken, maar pas op een later tijdstip en

Mr. Drs. M.H.M. van Oers AA/Actuaris AG is docent belastingrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en tevens verbonden aan de Rijksbelastingdienst, Grote Ondernemingen Amsterdam.

heeft hij de vrijheid daartoe, dan kan de VUT-egalisereserve in stand blijven. Wel is het dan zo dat de omvang maximaal de contante waarde van de mogelijke VUT-uitkeringen kan belopen.

1.2 De factoren kort toegelicht

Hierna worden de verschillende factoren kort toegelicht:

- *Blijfkans*: kans dat de werknemer per VUT-gerechtigde leeftijd nog in dienst van de desbetreffende onderneming is. Alhoewel de blijfkans per bedrijf en branche nogal verschilt, gaat de staatssecretaris uit van standaardblijfkansen.
- *Deelnamekans*: kans dat werknemer daadwerkelijk van de VUT-regeling gebruikmaakt. De staatssecretaris gaat standaard uit van 80%.
- *Contante waarde*: het gaat hier om het contant maken van de lasten. In vier bijlagen worden zogeheten contantewaardefactoren weergegeven, waarbij wordt uitgegaan van een rente van 4%. Er zijn herrekenfactoren voor hogere rentepercentages.
- *VUT-last*: het gaat hier om de jaarlijkse VUT-last.

Opgemerkt zij, dat de belastingplichtige die met behulp van statistisch materiaal uit het bedrijf of bedrijfstak aannemelijk kan maken dat bij hem de blijf- en deelnamekans hoger ligt dan waarvan de staatssecretaris uitgaat, mag uitgaan van die hogere cijfers. Voorts wordt opgemerkt dat wordt uitgegaan van de stellige verwachting dat de VUT-regeling in ongewijzigde vorm 15 jaar zal blijven bestaan.

Ter illustratie een voorbeeld. Stel de werknemer is 57 jaar en de VUT-leeftijd belooft 62 jaar. Voorts wordt uitgegaan van een jaarlijks VUT-bedrag van $f\ 40.000,-$ en een rente van 4%. Voor de ondernemer kan de last maximaal nominaal $3 \times f\ 40.000,- = f\ 120.000,-$ bedragen. De stand van de VUT-egalisereserve belooft dan volgens de gegevens van de staatssecretaris $0,72 \times 0,80 \times 1,454 \times f\ 40.000,- = f\ 33.500,-^2$. Dit bedrag zal in het verdere verloop (blijven) stijgen, zolang de betrokken werknemer aan de onderneming verbonden blijft. De stijging zal hoog zijn, omdat in een beperkt aantal jaren een fors bedrag moet worden opgebouwd. Ook kan stijging worden veroorzaakt door verhoging van

de VUT-last. Nadat de werknemer daadwerkelijk van de VUT gebruikmaakt, kunnen de factoren voor ingegane VUT-uitkeringen worden toegepast. In het eerste jaar is dat in casu 2,777 maal de VUT-last (bij een gelijkblijvende VUT-last gaat het dus om een passiefpost van $f\ 111.080,-$).

1.3 Afronding

In het voorliggende geval gaat het om goedkeurend beleid. In wezen gaat het hier om een interpretatie van het begrip goed koopmansgebruik door de staatssecretaris. Op grond van algemene beginselen van bestuur (het vertrouwensbeginsel) moet de overheid deze beleidsregels in acht nemen. Indien de ondernemer zich houdt aan de visie van de staatssecretaris, kan de Belastingdienst niet stellen dat de ondernemer niet handelt conform goed koopmansgebruik. De ondernemer speelt dus op safe wanneer hij zich conformeert aan het beleid van de staatssecretaris. Anderzijds is het zo dat de ondernemer die een andere wijze van passivering of egalisering hanteert niet per definitie in strijd handelt met goed koopmansgebruik. Uiteindelijk is het aan de belastingrechter die bepaalt of de andere visie van de ondernemer strijdigheid met het goed koopmansgebruik oplevert.

2 Boekhouding als grondslag voor fiscale winstberekening

2.1 Inleiding

Iedere accountant weet dat een deugdelijke boekhouding belangrijk is. De boekhouding heeft verschillende functies. Zo kan de ondernemer aan de hand van de boekhouding bepalen of zijn ondernemingsbeleid succesvol is. Het kan worden gebruikt om verantwoording aan de eigenaars van het bedrijf af te leggen. Voor de fiscus is de boekhouding ook belangrijk, omdat zij als uitgangspunt dient bij het bepalen van de jaarlijkse winst volgens goed koopmansgebruik.

In de jurisprudentie vindt men met een zekere regelmaat uitspraken over de vraag of de boekhouding als grondslag voor de winstberekening kan worden gebruikt. In dit artikel wil ik met het oog op deze problematiek een arrest van de Hoge Raad van 10 februari 1999³ bespreken. Daartoe zet ik eerst in paragraaf 2.2 het fiscaal-juridisch

kader uiteen. Vervolgens bespreek ik het zojuist aangehaalde arrest in paragraaf 2.3. Ten slotte geef ik in paragraaf 2.4 aan welke relevante zaken in de te verwachten verwijzingsuitspraak aan bod zullen komen.

2.2 Fiscaal-juridisch kader

De jaarlijkse winst wordt bepaald op basis van de door de ondernemer opgemaakte boekhouding. De ondernemer heeft uiteindelijk een verplichting tot het bijhouden en bewaren van een administratie⁴. Ingeval niet aan deze verplichting wordt voldaan, zal de ondernemer worden geconfronteerd met een omkering van de bewijslast⁵.

In de praktijk komt dat op het volgende neer. Hoofdgeregeld is dat de inspecteur uitgaat van de door de ondernemer opgemaakte boekhouding. Ontbreekt een boekhouding geheel of is zij ondeugdelijk of onbetrouwbaar, dan kan de inspecteur de boekhouding verwerpen. In dat geval zal de inspecteur een niet al te lage schatting van de winst maken. Daarbij moet hij wel binnen de grenzen van het redelijke blijven. De schatting kan worden gebaseerd op de wel betrouwbare gedeeltes uit de boekhouding, op brutowinstpercentages bij collega-ondernemers et cetera. Door omkering van de bewijslast is het aan de ondernemer te bewijzen dat de inspecteur een te hoge schatting heeft gemaakt.

Gezien de mogelijkheid van omkering van de bewijslast heeft de ondernemer er dus alle belang bij dat zijn boekhouding niet wordt verworpen. De boekhouding vormt als het ware een schild voor de ondernemer. Valt dat schild weg, dan ligt het lot van de ondernemer grotendeels in handen van de inspecteur. Het is daarom niet verwonderlijk dat er met regelmaat wordt geprocedeerd over de boekhouding van een ondernemer.

2.3 Arrest van 10 februari 1999

Verwerping van de boekhouding kan aan de orde komen na een boekencontrole. In zo'n geval wordt een controlerapport opgemaakt, waarin een schatting zal worden gemaakt van de winst. De inspecteur kan belasting navorderen en eventueel een bestuurlijke boete opleggen. Meestal gaan de adviseurs van de belastingplichtige zich in hun verweer richten op ontkrachting van het cijferma-

tige gedeelte van het controlerapport. Argumenten zijn dan dat de inspecteur verkeerde branchecijfers hanteert, zich aan aperte onjuistheden bezondigt in de cijfermatige opstelling et cetera. Uit een recent arrest van de Hoge Raad blijkt echter dat ingeval het controlerapport cijfermatig tekortschiet dit nog niet betekent dat de inspecteur de verwerping van de boekhouding moet terugnemen.

Bij de belanghebbende in dit arrest, exploitante van twee Chinees-Indische restaurants met één administratie, wordt in 1993 over de jaren 1988 tot en met 1991 een boekenonderzoek ingesteld. De inspecteur stelt vervolgens dat de boekhouding gebreken vertoont. Voorts zouden het brutowinstpercentage en het nettoprivé-cijfer onverklaarbaar laag zijn. Voor de inspecteur alle aanleiding de boekhouding te verwerpen en winstcorrecties voor de vier jaren, uiteenlopend van f 11.375,- tot f 17.836,-, toe te passen.

Bij het beroep stelt de inspecteur dat niet alle inkopen en loonuitgaven in de boekhouding zijn verantwoord en zegt hij nogmaals dat het brutowinstpercentage en het nettoprivé-cijfer onverklaarbaar laag zijn. Daarnaast verwijst de inspecteur naar het controlerapport. Daaruit blijkt dat de winstcorrecties mede zijn gebaseerd op branchefinformatie waarbij voor de nettowinst wordt uitgegaan van 15,5% van de omzet.

Het hof constateert dat de omzetten, de kern van de correcties, tot drie keer toe voor verschillende bedragen in het controlerapport zijn opgenomen. De inspecteur komt dus in feite ook met een ondeugdelijke boekhouding. De inspecteur erkent de gebreken maar stelt dat de tekortkomingen vergeeflijk zijn als de winstcorrecties daardoor eerder veel te laag dan te hoog uitvallen. In zijn ogen blijft het aan belanghebbende aannemelijk te maken dat en in hoeverre de aanslagen te hoog zijn vastgesteld. Het hof verwerpt de opvatting van de inspecteur. Een tekortschietend controlerapport waarin onvoldoende voor het voetlicht wordt gebracht in hoeverre de boekhouding verbetering behoeft, kan geen vrijbrief zijn voor een willekeurige inkomensvaststelling. De inspecteur verliest voor het hof.

Er volgt een procedure bij de Hoge Raad waar de inspecteur meer succes heeft. Volgens ons

hoogste rechtscollege heeft het hof te veel waarde gehecht aan de uitkomsten van het boekenonderzoek zoals die zijn neergelegd in het controlerapport. Het hof heeft in wezen gezegd dat het controlerapport onvoldoende steun biedt voor verwerping van de boekhouding. De inspecteur heeft echter ook de stellingen geponeerd dat niet alle inkopen en loonuitgaven zijn geboekt en dat het brutowinstpercentage en het nettoprivé-cijfer niet kunnen kloppen. Het hof is daar ten onrechte niet op ingegaan. De juistheid van deze stellingen kunnen al met zich brengen dat de boekhouding moet worden verworpen. De uitspraak van het hof wordt daarom vernietigd.

Zes jaar na het boekenonderzoek doet de Hoge Raad uitspraak maar er is eigenlijk nog geen enkel begin gemaakt met behandeling van de materiële geschilpunten. Het Gerechtshof in Den Haag zal nu uitspraak moeten doen of de boekhouding terecht is verworpen. In de volgende paragraaf ga ik in op de zaken die in de verwijzingsuitspraak aan bod zullen komen.

2.4 Verwijzingsuitspraak: wel/geen verwerping boekhouding

Bij de verwerping van de boekhouding zijn de feiten en omstandigheden van groot belang. Bij gebreken in de boekhouding zijn vele situaties denkbaar, bijvoorbeeld het ontbreken van kasstukken, gebruik van gefingeerde namen en bedragen, lage privé-opnamen enzovoort⁶. Maar elk gebrek betekent nog geen verwerping. Ook kan men niet zeggen dat twee gebreken voldoende voorwaarden zijn voor verwerping. Rechterlijke beslissingen over verwerping van de boekhouding zijn eigenlijk per definitie casuïstische uitspraken.

Het lijkt er niettemin op dat een vuistregel is te geven. In 1980 schreef Niessen⁷ al dat op het punt van verwerping van de boekhouding in de rechtspraak drie elementen een rol spelen:

a de brutowinst is lager dan volgens objectieve maatstaven was te verwachten;

- b de boekhouding vertoont gebreken;
- c een laag privé waarvoor onvoldoende verklaring kan worden gegeven.

Naar het oordeel van Niessen lijkt in de rechtspraak de lijn te zijn ontwikkeld dat de boekhouding wordt verworpen, indien twee of drie van deze elementen zijn aangetoond. Het aantonen van slechts één element volstaat alleen in zeer sprekende gevallen.

Beziet men de casuïstische rechtspraak, dan heeft het er alle schijn van dat het artikel van Niessen na bijna twintig jaar nog steeds actueel is. In het besproken geval heeft de inspecteur stellingen naar voren gebracht, die erop wijzen dat aan alledrie de elementen is voldaan. De juistheid aannemend van de stellingen van de inspecteur, lijkt verwerping van de boekhouding voor de hand te liggen.

Als uiteindelijk op de vraag van verwerping van de boekhouding is beslist, komt beantwoording van de tweede vraag aan bod: hoe groot moeten de winstcorrecties zijn? Daar kan dan ook weer jarenlang over geprocedeerd worden.

NOTEN

1 Besluit van 28 december 1998, nr. DB98/4760M, *BNB* 1999/84, *V-N* 1999/5.11, p. 420

2 De factoren 0,72 en 1,454 zijn af te lezen uit tabellen, die als bijlagen van de resolutie zijn opgenomen.

3 *V-N* 1999/11.5, p. 821.

4 Artikel 52, Algemene Wet inzake rijksbelastingen (AWR).

5 Dit geldt op grond van artikel 29, AWR met ingang van 14 juli 1994.

6 Voor een overzicht zie *Vakstudie IB*, artikel 9, aantekening 34.

7 R.E.C.M. Niessen, *FED* 27 maart 1980, *IB* '64: Artikelen 9:284-285.